Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft

Einleitung und erster (geschichtlicher) Teil

Inaugural-Dissertation

der

Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Breslau

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Walter Lux

Referendar in Breslau

Nördlingen 1905

C. H. Beck'sche Buchdruckerei

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Jörs, Prodekan.

Die vollständige Arbeit erscheint unter dem Titel „Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft" und wird das 2. Heft des 13. Bandes der im Verlage von C. H. Beck erscheinenden Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Professor Dr. Otto Fischer, bilden.

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Verzeichnis der mit Abkürzungen angeführten Literatur VII

§ 1. Einleitung 1

1. Kapitel: **Ursprung der prozeßhindernden exceptio plurium litis consortium:**

§ 2. a) Römischrechtliche Grundlagen 3

§ 3. b) Deutschrechtliche Grundlagen 8

§ 4. c) Die Bildung der prozeßhindernden exceptio plurium litis consortium 13

2. Kapitel: **Weiterentwicklung und Umwandlung der exceptio plurium litis consortium:**

§ 5. a) Gemeines deutsches Recht 16

§ 6. b) Preußisches Recht 18

§ 7. c) Vorgeschichte der Reichs-Zivilprozeßordnung 22

Verzeichnis der mit Abkürzungen angeführten Literatur.

v. Amelunxen, Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft. Tübinger Dissertation. 1881.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte (Bindingsche Sammlung).
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Auflage.
Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses. 5. Ausgabe.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht (zit. „Dernburg").
—— Pandekten, 7. Auflage (zit. „Dernburg, Pand.").
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Auflage.
Förster, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage von Engelmann (zit. „Engelmann").
Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 4. und 5. Auflage (zit. „Stein").
Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. Auflage. Erlangen 1804.
Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht (= O. Fischer, Abhandlungen V, 1) (zit. „Hellwig, Anspruch").
—— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., 1903 (zit. „Hellwig, Lehrbuch").
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
Kannengießer, Die prozeßhindernde Einrede. Leipzig 1878.
Kipp s. Windscheid.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, 1903 (zit. „Kisch").
—— Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft (zit. „Kisch, Bes. Streitg.").
Knoke, Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (= O. Fischer, Abhandlungen VII, 3).
Kreß, Die Erbengemeinschaft (= O. Fischer, Abhandlungen X, 1).
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung. 4. Auflage.
J. W. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844 (im 1. Teil zit. „Planck").
—— Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879 (zit. „Planck, Ger.Verf.").
—— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (zit. „Planck, Lehrbuch").
G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1./2. Auflage (im 2. Teil zit. „Planck").
Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Rosenthal, Die Sachlegitimation. Würzburger Preisschrift. 1903.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse (Bezoldsche Sammlung).
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Auflage.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Auflage.
Stein s. Gaupp-Stein.
Strohal, Deutsches Erbrecht. 2. Auflage.
Struckmann-Koch, Zivilprozeßordnung. 7. Auflage.
Wach, Der Feststellungsanspruch (Leipziger Festgabe für Windscheid). 1888/9.
Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Auflage.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage.
Wildvogel, Dissertatio de consortibus litis (Lucas). Jena 1699.

„Motive" = Motive zum 1. Entwurf des BGB.
„Protokolle" = Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines BGB. Amtliche Ausgabe (Achilles, Gebhard, Spahn).

§ 1. Einleitung.

Zwei entgegengesetzte Prinzipien kommen für die Gestaltung solcher Rechtsverhältnisse, an welchen auf der einen oder anderen Seite eine Mehrheit von Personen beteiligt ist, in Betracht: das Prinzip der Selbständigkeit der mehreren Subjekte und das Prinzip der Gebundenheit. Beide sind an und für sich gleich berechtigt, und aus diesem Grunde ist die der Gesetzgebung gestellte Aufgabe, alle Interessen nach Möglichkeit zu berücksichtigen, eine überaus schwierige. Es ist zu verhüten sowohl, daß ein Mitbeteiligter die Gesamtheit durch unvernünftige Maßnahmen schädige, als auch, daß vernünftige an dem unbegründeten Widerspruch eines einzelnen scheitern. Rechtsausübung und Rechtsverfolgung dürfen nicht schwerfällig geregelt sein, aber auch nicht zu Härten führen. Niemand soll mehr leisten oder erhalten, als auf seinen Teil kommt, andrerseits ist für den Berechtigten wegen der Raschheit seiner Befriedigung und für den Verpflichteten wegen der Vermeidung mehrfacher Inanspruchnahme die Einheit des Rechtsverhältnisses wünschenswert. Um divergierenden Entscheidungen vorzubeugen, muß in einem einzigen Prozesse unter Beteiligung aller entschieden werden, jedoch ist es ein Nachteil, wenn ein Mitberechtigter oder Mitverpflichteter unnötigerweise in das Verfahren hineingezogen wird oder Rechten seiner Mitbeteiligten durch schlechte Prozeßführung vorgreift. Es gibt deshalb kein Recht, welches nur das eine oder das andere Prinzip anerkennt; vielmehr sucht man durch Vereinigung beider den Widerstreit der Interessen zu lösen. Immerhin läßt sich sagen, daß das römische Recht mit der Korrealität und Solidarität und dem Grundsatz der Teilung mehr die Selbständigkeit, das deutsche mit der „gesamten Hand“ mehr die Gebundenheit bevorzugte.

Der Gegensatz von Selbständigkeit und Gebundenheit findet seinen Ausdruck einmal in dem Verhältnis der Mitbeteiligten unter sich, sodann in ihrer Rechtsstellung gegenüber Dritten, endlich bei der Geltendmachung

im Prozeß. Nur mit der zuletzt genannten, für die Praxis besonders wichtigen, Seite des Problems will sich die vorliegende Arbeit beschäftigen, mit der Selbständigkeit bezugsweise Gebundenheit in Ansehung des zivilprozessualen Rechtsschutzes. Die Frage nach der Notwendigkeit der Streitgenossenschaft bedeutet: In welchen Fällen kann ein Verfahren irgend welcher Art nur dann Erfolg haben, wenn mehrere gemeinsam vorgehen oder wenn sich das Verfahren gegen mehrere zugleich richtet? Wie äußert sich die Notwendigkeit? Schließt die Unterlassung des gemeinschaftlichen Prozessierens den angestrebten Prozeßerfolg ohne weiteres aus, oder begründet sie bloß eine verzichtbare — sei es prozessuale, sei es materiellrechtliche — Einrede?

Die hier gestellten Fragen werden herkömmlich bezeichnet als die Frage nach der exceptio plurium litis consortium (Einrede der mehreren Streitgenossen). Es war das im älteren gemeinen Recht eine prozeßhindernde Einrede, welche dem Beklagten in gewissen Fällen gegenüber der nur von einem der mehreren Mitberechtigten oder nur gegen einen der mehreren Mitverpflichteten erhobenen Klage zustand. Als dann durch Planck[1]) nachgewiesen wurde, daß diese prozeßhindernde Einrede nicht, wie man bisher angenommen hatte, aus dem römischen Recht begründet werden konnte und daß es sich dort, wo die Quellen eine solche Einrede anscheinend gewährten, in Wahrheit immer nur um einen Mangel im materiellen Recht, um das Fehlen der alleinigen Berechtigung bezugsweise Verpflichtung, handelte, gewann der Ausdruck eine neue Bedeutung. Exc. plurium litis consortium im modernen Sinne ist der Mangel der alleinigen Sachlegitimation auf seiten des Klägers oder Beklagten, ein Mangel, der nicht das Recht begründet, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, aber aus materiellen Gründen zur sachlichen Abweisung der Klage führt.

Der erste Teil der Arbeit versucht, die Geschichte der exc. plurium litis consortium und im Anschluß an sie die geschichtliche Entwicklung der Notwendigkeit der Streitgenossenschaft darzustellen. Nachdem die ältere Ansicht, daß die Einrede schon im römischen Recht enthalten sei, aufgegeben ist, fehlt jede Erklärung dafür, warum sie im gemeinen Recht als ein vermeintlich römischrechtliches Institut Geltung erlangt hat. Daher hat sich der historische Teil mit dem Ursprung der Einrede zu beschäftigen. Auf der anderen Seite hat er zu untersuchen, welcher Zusammenhang zwischen der prozeßhindernden exceptio litis consortium und der Einrede der mehreren Streitgenossen des heutigen Rechts besteht.

---

[1]) J. W. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht (1844).

Erster Abschnitt.

Die Geschichte der exceptio plurium litis consortium.

1. Kapitel: **Ursprung der prozeßhindernden exceptio plurium litis consortium.**

§ 2. a) **Römischrechtliche Grundlagen.**

Es wäre vergebliche Mühe, wollte man in den Quellen des römischen Rechts die prozeßhindernde exc. pl. litis cons. selbst suchen, so wie sie später im gemeinen Recht gelehrt wurde. Einmal sind prozeßhindernde Exzeptionen im Formularverfahren undenkbar. Denn die exceptio ist ein Bestandteil der Formel; wenn sie gewährt wird, wird zugleich auch iudicium gewährt. Sodann ist der Name litis consortes für Streitgenossen unrömisch. Die Römer kannten das Institut der Streitgenossenschaft, hatten aber dafür keine technische Bezeichnung. „Consortes" sind in der Rechtssprache die Miteigentümer eines Grundstücks, consortes agri. Erst später, nachdem die Verfasser des Kodex eine, von der Prozeßführung solcher consortes handelnde, Verordnung unter die Titelrubrik „de consortibus eiusdem litis" (3, 40) gebracht hatten, entstand der Ausdruck consortes litis im Sinne von Streitgenossen (unten S. 4 Anm. 1). — Wenn also geprüft werden soll, in welchem Umfang die prozeßhindernde Einrede der mehreren Streitgenossen sich auf römisches Recht zurückführen läßt, so ist die Frage dahin zu stellen: kannte der römische Zivilprozeß ein Recht des Beklagten, in Fällen, wo mehrere zusammen klagen oder verklagt werden mußten, eine Verhandlung und Entscheidung zur Hauptsache so lange zu verhindern, bis alle Klagberechtigten klagten, bezugsweise alle zu Verklagenden verklagt waren?

Daneben kommt eine zweite Art der R. d. Str. in Betracht, welche der modernen exc. pl. lit. cons. entspricht. Wenn nämlich das in der Klage geltend gemachte Recht nicht dem Kläger allein oder wenn es ihm nicht gegen den Beklagten allein zustand, so mußte der Richter die in der intentio aufgestellte Rechtsbehauptung verneinen und den Kläger in der Sache selbst abweisen. Es wird auch zu untersuchen sein, ob eine derartige, ipso iure wirkende, Gebundenheit im römischen Recht nachgewiesen werden kann.

1. Konstantin verordnete, wahrscheinlich im Jahre 331 n. Chr., daß der mit der Vindikation belangte Besitzer eines Grundstücks dem Kläger seine Mitbesitzer (consortes agri) angeben müsse und daß die Klage der Regel nach gegen sämtliche consortes zusammen zu erheben sei. Es ist kaum mehr festzustellen, wie sich die prozessuale Durchführung dieser Vor-

schrift gestaltete, namentlich ob der allein Beklagte dem Kläger die Litiskontestation verweigern durfte oder ob die Klage sachlich abzuweisen war.[1]) Jedenfalls gab die Konstitution so viel Anlaß zu Prozeßverschleppungen und Chikanen seitens der Beklagten, daß Julian sie im Jahre 362 vollständig aufhob und die „agendi vel respondendi iurgantibus licentia pro parte“ feierlich wiederherstellte (C 3, 40, 1 = Cod. Theodos. 2, 5).

Abgesehen von dieser vorübergehenden N. d. Str. ist die Struktur des römischen Miteigentums stets derart gewesen, daß der Klage eines Miteigentümers oder gegen einen Miteigentümer ein Hindernis nicht im Wege stand. Denn jeder Miteigentümer hat ein durchaus selbständiges Teilrecht.

Auch den römischen Gemeinschaftsverhältnissen (communio incidens, societas, Miterbengemeinschaft) ist der Gedanke der N. d. Str. fremd. Gehört eine Sache zum Gemeinschaftsvermögen, so gilt Miteigentum zu selbständigen Bruchteilen. Forderungen, die solchen Gemeinschaftern zustehen oder gegen sie gerichtet sind, werden geteilt: nomina ipso iure divisa sunt.

2. Das Charakteristische der Korreal- und Solidarobligationen besteht darin, daß jeder Gläubiger für sich allein die volle Leistung fordern kann und jeder Schuldner aufs Ganze haftet. Gleichwohl ist behauptet worden, nachdem durch beneficia divisionis das Wesen der Korrealität und Solidarität im späteren Recht verwischt worden, habe hier die prozeßhindernde exc. litis cons. gegolten.

a) D 11, 2, 2 (Papinian):

„Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, „convenitur, postulante eo omnes ad eundem iudicem mit„tuntur.“

Aus dieser Stelle ist nicht zu entnehmen, daß der Beklagte einen prozessualen Rechtsbehelf geltend mache, kraft dessen er, solange er allein verklagt ist, die Litiskontestation verweigern oder gar gegen den Willen des Klägers die Hineinziehung seiner Mitvormünder in den Prozeß bewirken könnte. Vielmehr bezieht sich das postulare des Beklagten auf den materiellrechtlichen Einwand, daß auch die andern Vormünder zahlungsfähig seien:

Mitvormünder haften exemplo fideiussorum (D 27, 3, 1, 11),

[1]) A. M. Planck, welchem die Aufklärung der hierauf bezüglichen Stellen zu verdanken ist (S. 139/46, 556/61): zweifellos habe der Beklagte ein Recht gehabt, bis zur Verklagung sämtlicher consortes die Einlassung zu verweigern. — Aber die andere Möglichkeit wird durch Julians Worte keineswegs ausgeschlossen. Julian spricht von der Möglichkeit, allein verklagt zu werden (licentia respondendi). Das deutet doch eher darauf hin, daß vorher ein ipso iure wirkendes, materiellrechtliches Hindernis bestanden hatte. Denn wenn der Beklagte nach der konstantinischen Verordnung nur die Einlassung verweigern konnte, so hätte Julian die Notwendigkeit sich allein verklagen zu lassen, wiederhergestellt.

grundsätzlich aufs Ganze, aber mit der Rechtswohltat der Teilung, sofern alle solvent sind. In unserem Falle belangt der Mündel, „quod ceteri non sint idonei“, einen der Vormünder auf die volle Summe. Der Beklagte verlangt in iure Teilung der Klage, weil die übrigen Vormünder zahlungsfähig seien. Weigert sich der Kläger, hierauf einzugehen, so wird der Vormund bitten, in die Formel die exceptio „si non et illi solvendo sint“ (D 46, 1, 28) aufzunehmen. Mit dieser Formel zu prozessieren, ist aber für den Kläger sehr bedenklich. Denn beweist der Beklagte in iudicio die Zahlungsfähigkeit, so muß nicht bloß die Klage abgewiesen werden,[2] sondern der Mündel kann infolge der für Korrealobligationen geltenden Prozeßkonsumtion auch von den andern Vormündern nichts mehr beitreiben.[3] Darum wird die Drohung des Beklagten mit der exceptio „si non et illi“ den Kläger vernünftigerweise bestimmen, seine actio zu teilen und die Mitvormünder gleichfalls zu belangen. Dann soll der Prätor — und das ist der wesentliche Inhalt der Stelle — für die mehreren Prozesse einen Richter bestellen (vgl. C 5, 51, 5 „quatenus quisque condemnari debeat, examinaturum“: um divergierende Entscheidungen über die Zahlungsfähigkeit der verschiedenen Tutoren und die Verteilung der Schuldsumme unter sie unmöglich zu machen). Also: „postulante eo [exceptionem si non et illi solvendo sint, actor omnes conveniet et] omnes ad eundem iudicem mittuntur“.

b) Nov. 99 bestimmt für Korrealobligationen:[4] Der Gläubiger solle sich zunächst an jeden Schuldner nur wegen seines Anteils halten und auch gegen die übrigen vorgehen, wenn sie zahlungsfähig und erreichbar erschienen. Wenn die andern Schuldner sich sodann tatsächlich als solvent erwiesen, sollte der zuerst in Anspruch Genommene endgültig nur auf seinen Teil haften; andernfalls hatten die Erreichbaren und Zahlungsfähigen den bei den andern entstehenden Ausfall mit zu tragen. Wohnen aber „*ἑκάτεροι ἢ καὶ ἅπαντες*“ am selben Orte, so ist der Richter gehalten,

„*ἄγειν κἀκείνους εὐθὺς, καὶ κοινῇ μὲν ἐξετάξειν τὴν ὑπόθεσιν,*
„*κοινὴν δὲ ἐπάγειν τὴν ψῆφον*“ (c. 1, pr., § 1).

Auch hier ist lediglich angeordnet, daß, wenn der Gläubiger — wozu er an sich nicht verpflichtet ist — mehrere oder alle Schuldner ver-

---

[2]) Sokolowski (Ztschr. d. Sav.Stift., rom. Abt., Bd. 11 S. 295 f.) behauptet (für den fideiussor), daß bloß Teilabweisung eintrete. Aber die Begründung dieser Ansicht erscheint nicht stichhaltig. Nach dem ganzen Bau der Formel muß die exc. „si non et illi“, wie jede andere, Totalabweisung bewirkt haben.

[3]) Planck S. 117/8 übersieht bei seiner Erklärung der Stelle diese Konsumtion.

[4]) Über die Bedeutung von „*ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους*“ vgl. Windscheid § 293 N. 10 c. cit., sowie Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht S. 183 f.

klagt, die mehreren bereits anhängigen Sachen zwecks gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung zu verbinden seien, sofern nämlich ein einheitlicher Gerichtsstand besteht. Unbefangen ausgelegt, stellt „κἀκείνους“ nicht etwa nachträglich Geladene in Gegensatz zu einem ursprünglich allein Geladenen sondern bezieht sich auf die mehreren von Anfang an Beklagten, die ἑκάτεροι ἢ καὶ ἅπαντες.[5])

3. Bisweilen wird der „consensus“ mehrerer Personen als zur erfolgreichen Klage erforderlich bezeichnet, z. B. bei der Wandelung eines von mehreren Käufern abgeschlossenen Kaufes, im Falle der Beerbung eines Legatars durch mehrere Personen u. s. w. (D 21, 1, 31, 5, D 30, 84, 13).

Hier kann eine Verurteilung des Beklagten erst ausgesprochen werden, nachdem sich die Wandelungsberechtigten darüber geeinigt haben, ob sie wandeln oder mindern, die Erben des Legatars, ob sie dinglich oder persönlich klagen wollen. Aber diese Einigung kann außergerichtlich getroffen werden, und ist sie getroffen, so kann jeder der mehreren Gläubiger für sich allein klagen, ohne die Abweisung befürchten zu müssen. Jetzt entsteht ja auch für den Beklagten aus der Zulassung der Einzelklage kein Nachteil: denn angenommen, daß er dem einen Käufer zur teilweisen Wandelung verurteilt wird und daß nachher ein anderer Käufer, der sich außergerichtlich mit der Wandelung einverstanden erklärt hat, auf Minderung klagen will, so kann der Minderungsklage die exc. doli generalis entgegengestellt werden.

Mithin ist es nicht N. d. Str., welche zur Abweisung der vor dem consensus angestellten Einzelklage führt, sondern die sog. pluspetitio causa. Nur deshalb können die sämtlichen Berechtigten ohne besondere außergerichtliche Einigung sofort die eine oder die andere Klage erheben, weil in der gemeinsamen Klageerhebung zugleich die Ausübung ihres Wahlrechts liegt, während der Klage des einzelnen diese Bedeutung an und für sich nicht zukommt.[6])

4. Obligationen auf unteilbare Leistung sind grundsätzlich Solidarobligationen: jeder Gläubiger kann — bald gegen Kaution, bald ohne solche — allein volle Befriedigung fordern, und nur durch die volle Leistung wird der einzelne Schuldner befreit.[7]) Aber so lange die Geldkondemnation galt, kam für das Urteil die Obligation als eine teilbare in Betracht, und

[5]) Planck S. 138, Wieding, Der justinianeische Libellprozeß S. 635/6, Wachenfeld S. 124. — Von den lateinischen Übersetzungen der Schoellschen Ausgabe hat eine „illos quoque“, die andere bloß „illos“.

[6]) Die Bestellung eines gemeinsamen Prokurators (D 21, 1, 31, 5) ist nicht obligatorisch, sondern wird bloß als zweckmäßig empfohlen, vgl. § 9 daselbst: hoc expeditius esse, si unum procuratorem dederunt. Eine Interpolation ist das „iudice imminente“ in D 30, 84, 13. Vgl. Planck S. 119 f.

[7]) Windscheid § 299 c. cit.

es bestand die Möglichkeit, dem einzelnen Gläubiger nur einen Teil des Wertes der Leistung zuzusprechen, den einzelnen Schuldner nur auf einen Teil zu kondemnieren. Von dieser Möglichkeit ist im Falle der Gläubigermehrheit sicherlich Gebrauch gemacht worden: in solidum competit actio, pro parte aestimatio (D 8, 5, 4, 3, D 10, 2, 25, 9—11). Bei Schuldnermehrheit dagegen ist an manchen Stellen von Verurteilung in solidum, an anderen von Teilkondemnation die Rede, und es kann nicht mit Zuverlässigkeit ermittelt werden, ob sich die anscheinend widersprechenden Fragmente vereinigen lassen[8]) oder ob es sich hier um die verschiedenen Stufen einer Rechtsentwicklung handelt.[9]) Aber jedenfalls war es nach klassischem Recht möglich, einen einzelnen Schuldner zu verklagen; zweifelhaft ist bloß, worauf die Klage ging.

Für das nachklassische Recht[10]) hat man auf folgende Weise N. d. Str. zu konstruieren versucht:[11]) im Formularverfahren sei jeder Schuldner nur auf einen Teil des in Geld abgeschätzten Interesses verurteilt, das volle Interesse also nur von allen Schuldnern nacheinander beigetrieben worden. Das habe sich nach Wegfall der pecuniaria condemnatio ändern müssen. Jedoch sei der Grundsatz bestehen geblieben, daß das Ganze nur von den Schuldnern insgesamt erlangt werden konnte. Da es nun unmöglich geworden sei, einen einzelnen Schuldner pro parte zu kondemnieren, hätten nur noch alle Schuldner zusammen verklagt werden können.

Dieser Gedankengang übersieht, daß bereits nach klassischem Recht der Schuldner die volle Leistung schuldete, wenn er auch nie zu ihr verurteilt wurde. Der justinianische Richter hat aber auf das zu erkennen, was materiell Inhalt der Obligation ist. An die Stelle der Verurteilung auf einen Teil des Werkes kann also nichts anderes getreten sein wie die Verurteilung zur ganzen Leistung. Es ist also gleichgültig, ob man für das klassische Recht die Verpflichtung mehrerer zu unteilbarer Leistung als echte Solidarobligation ansieht oder als eine Obligation, welche, obwohl solidarisch, zur bloßen Teilkondemnation führt: auch im zweiten Falle wäre im nachklassischen Recht die Einzelklage statthaft geblieben. Übrigens ist es nicht wahrscheinlich, daß die Kompilatoren, wenn die unteilbare Schuld zu ihrer Zeit eine nur gemeinschaftliche gewesen wäre, diese Schuldform in den Pandekten ganz unerwähnt gelassen hätten, während doch tatsächlich

---

[8]) Siehe bei Windscheid § 299 N. 7.

[9]) So Dernburg Pand. II § 24 N. 6.

[10]) Über die falschen Folgerungen, welche man aus C 3, 40, 1 (der sich nur auf consortes agri bezieht) entnommen hat, s. unten S. 14 bei N. 5.

[11]) Ribbentrop, Lehre v. d. Korrealobligationen, Göttingen 1831, S. 179 f., 184. Gegen ihn: Sintenis II § 84 N. 27, Wetzell § 63 von N. 39 ab.

Solidarität und Teilung in den Quellen als die einzigen Gegensätze auftreten.

Dem römischen Recht ist der Gedanke der Gebundenheit keineswegs fremd, man denke z. B. an die im Gemeinschaftsrecht statuierte obligatorische Einstimmigkeit, an die Einzelklage eines Mitgläubigers, welche nur gegen Sicherheitsleistung für die nicht klagenden Gläubiger zulässig ist (D 16, 3, 1, 36, l. 14 pr.) u. a. m. Aber die Gebundenheit führt nie zur N. d. Str., weder in der Art, daß die Einzelklage formell unzulässig, noch so, daß sie sachlich unbegründet gewesen wäre. Jedoch ist nicht zu verkennen, daß die Quellen, wenn sie nicht unter voller Berücksichtigung der Eigenart des römischen Prozesses ausgelegt werden, in zahlreichen Punkten zu der Ansicht verleiten können, als ob der gemeinsame Prozeß obligatorisch gemacht sei.

§ 3. b) **Deutschrechtliche Grundlagen.**

Die Darstellung der im altdeutschen Recht enthaltenen Grundlagen der späteren exc. litis consortium hat mit Schwierigkeiten zu kämpfen, welche auf der Natur des Stoffes beruhen. Es gibt kaum ein in sich abgeschlossenes Partikularrecht, das uns in einer, sämtliche Fälle der gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse erschöpfend regelnden, Fassung überliefert wäre. Andrerseits ist gerade auf diesem Gebiete die Mannigfaltigkeit der partikulären Rechtsbildungen eine überaus große. Die nachstehende Untersuchung beschränkt sich deshalb darauf, einen allgemeinen Überblick zu geben, und vermeidet ein näheres Eingehen auf solche Erscheinungen, in denen kein gemein-deutsches Prinzip zum Ausdruck kommt.

1. Allen deutschen Rechten gemeinsam ist der Gedanke der „gesamten Hand". Der Name weist auf das Rechtssymbol hin, das bei der Ausübung der Gesamthandsrechte zur Anwendung gelangt, auf das Ineinanderlegen der Hände. Die symbolisch zusammengelegten Hände veranschaulichen aufs beste die beiden Ideen, welche den Rechtsinstituten zur gesamten Hand eigentümlich sind: die Gleichordnung der Genossen und ihre Gebundenheit. Zu jeder das Gemeinschaftsverhältnis betreffenden Rechtshandlung bedarf es des Zusammenwirkens aller. Nur die gesamten Hände kommen als Eigentümer, als Gläubiger, als Schuldner in Betracht. Der einzelne kann weder über den gemeinsamen Gegenstand im ganzen, noch über seinen Anteil daran verfügen; Geschäfte, die er allein vornimmt oder die bloß ihm gegenüber vorgenommen werden, sind ohne Wirkung.

Rechtsverhältnisse zur gesamten Hand sind:[1]) die Gemeinschaft der

[1]) Vgl. die systematischen Darstellungen des deutschen Privatrechts.

Miteigentümer,[2]) die eheliche Gütergemeinschaft des Frankenrechts, die süddeutsche Gemeinderschaft zwischen Vater und Haussöhnen, die Erbengemeinschaft, die Handelsgesellschaft, das Verhältnis mehrerer Gläubiger, denen eine Schuld zur gesamten Hand gelobt worden ist, endlich dem Namen nach auch die Gesamt(hands)schuld.

2. Aus dem Wesen der gesamten Hand folgt die N. d. Str. Die Gemeinschafter erscheinen nur verbunden als Subjekte des Gesamthandverhältnisses: demgemäß können sie auch nur zusammen das Eigentum einer gemeinschaftlichen Sache im Prozesse vertreten, eine gemeinschaftliche Forderung beitreiben oder wegen einer gemeinschaftlichen Schuld belangt werden. Die „samentklaghe", wie sie das Goslarer Recht[3]) nennt, ist der einzige Weg zur Geltendmachung der ihnen zustehenden und der gegen sie gerichteten Rechte.

In welcher Weise äußert sich diese Unzulässigkeit der Einzelklage? — Nach modernem Sprachgebrauch fehlt dem Gesamthänder die (alleinige) Aktiv- bezugsweise Passivlegitimation. In der altdeutschen Rechtssprache heißt es: nur alle Gesamthänder, nicht einer für sich, sind rechte Kläger und rechte Beklagte. Der Mangel der Eigenschaft des rechten Klägers oder Beklagten, d. i. der Mangel der Sachlegitimation, wird dadurch geltend gemacht, daß der Beklagte auf die ansprake des Klägers erwidert: ich antworte dir nicht (non tibi respondeo, non debes mecum agere), weil du nicht der rechte Kläger bist, weil ich nicht der rechte Beklagte bin.[4]) Folglich begründet die gesamte Hand des Beklagten das Recht die Antwort zu verweigern, wenn nicht alle Beteiligten klagen oder beklagt sind.

Das Recht der Antwortwehre entspricht aber durchaus den prozeßhindernden Einreden des späteren Prozeßrechts: es findet im allgemeinen nur wegen Verletzung des formalen Rechts statt,[5]) befreit von der Einlassung zur Hauptsache[6]) und kann nach der Einlassung nicht mehr geltend

---

[2]) Abgesehen von dem Kölner Miteigentum zu selbständigen Bruchteilen; vgl. darüber Heusler I S. 235.

[3]) Gosl. Statuten (Göschen) 84, 30. Handelsgesellschafter stellen die samentklaghe sogar unter ihrem samentnamen (Firma) an. Schmidt, Handelsgesellschaften (Gierke, Untersuchungen XV) S. 60, 69 f., 71 f.

[4]) Das Antwortweigern wegen fehlender Sachlegitimation kommt sowohl in den langobardischen (Kannengießer S. 43 f.) wie in den sächsischen Quellen (Planck, Ger.Verf. I S. 391/401) vor.

[5]) Allerdings auch wegen Ersitzung, aber hier aus dem Gesichtspunkte, daß man der verjährten Eigentumsklage nicht zu antworten braucht.

[6]) Wird das Recht zur Antwortweigerung bestritten, so besteht für den Beklagten die Alternative: probet (das behauptete Recht) aut respondeat.

gemacht werden. Mithin trifft der fundamentale Unterschied, der im modernen Recht zwischen der prozeßhindernden exc. plurium litis consortium und dem Mangel der alleinigen Sachlegitimation besteht, für das Recht des deutschen Mittelalters nicht zu. Im Gegenteil: gerade weil die gesamte Hand Gemeinschaftlichkeit der Aktiv- und Passivlegitimation bewirkt, ist sie die Grundlage eines, der prozessualen Einrede der mehreren Streitgenossen ganz ähnlichen, Rechtsmittels.

3. Das soeben dargestellte Antwortweigerungsrecht hat nicht entfernt die Bedeutung, welche man ihm wegen der großen Anzahl von Rechtsverhältnissen zur gesamten Hand beilegen möchte. Denn die gesamte Hand ist ein bloßes Rechtsprinzip, kein Rechtsinstitut [7]), d. h. sie kann im allgemeinen für die Gestaltung eines Instituts bestimmend und doch in einzelnen Beziehungen durch andere, widersprechende, Rechtsprinzipien ausgeschlossen sein. Und im Verlaufe der Entwicklung hat auch der Begriff der Gesamthand selbst sich gewandelt: er ist in der Weise abgeschwächt worden, daß die gesamte Hand nicht mehr uneingeschränkte N. d. Str. herbeiführt.

Das soll an dem Beispiel der „Gesamthandsschulden" oder „Gesamtschulden" des näheren gezeigt werden:

Das Urbild dieser Schuldform sieht Heusler [8]) in der Haftung für gemeinsame Delikte des langobardischen Edikts. Dort heißt es von mehreren Tätern: simul componant; si voluerint se adunare, ut in unum componant, sit eis adunandi licentia [9]). Heusler nimmt an, daß diese „licentia adunandi" [10]) keine exc. litis consortium, überhaupt kein dem Gläubiger gegenüber wirksames Recht, sondern lediglich eine interne Angelegenheit der Schuldner gewesen sei.

Dem stehen jedoch die Klagformeln des Liber Papiensis entgegen:

ad c. 12 Roth. „Petre te appellat Martinus, quod tu occidisti „fratrem suum. — Feci, sed cum illo et illo; volo me adunare et simul componere. — Non te adunabis, quia . . tu te „subtraxisti. — Si iuraverit (sc. quod non se subtraxit) det „suam partem."

„P. t. a. M. quod tu occidisti patrem suum. — De torto. — „Si manifestaverit, se occidisse, sed cum aliis, det wadia de „emendatione, aut per se aut cum aliis."

ad c. 263 Roth. „P. t a. M. quod . . tu furatus es sibi tanta

---

7) Heusler I S. 226.

8) Heusler II S. 258 f.

9) Roth. c. 12, 138, 263, vgl. auch c. 261 mit Formel.

10) Du Cange, Gloss.: adunare = colligere, in unum cogere, ἀθροίζω, congrego, glomero.

„sua mobilia . . — Furatus sum, sed volo me adunare cum „Paulo."

Hieraus geht zuverlässig hervor, daß jeder Schuldner die licentia adunandi gegenüber der Klage des Gläubigers geltend machen und damit die erfolgreiche Durchführung der Klage verhindern konnte. Es ist aber wenig wahrscheinlich, daß der Gläubiger, der ja aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung klagte, durch die adunatio genötigt wurde, von dem Beklagten eine Teilbuße anzunehmen. Vielmehr kann die Wirkung nur darin bestanden haben, daß der Kläger die volle Buße, statt vom Beklagten allein, vom Beklagten zusammen mit seinen Mittätern erhielt. Das drücken die Formeln aus durch „det suam partem", „det wadia de [sc. tota] emendatione . . cum aliis". Zur gemeinsamen Aufbringung der Summe wurde wohl dem Beklagten eine Frist gesetzt, wenn die Mitschuldner abwesend waren. Waren dagegen alle im Gericht, so wurde durch die Einrede der adunatio vermutlich der Kläger gezwungen, die noch nicht beklagten Genossen zur Vermeidung völliger Klageabweisung sofort in den Prozeß hineinzuziehen.

Das ältere Recht läßt neben dem Geständnis und dem vollständigen Bestreiten des Klagevortrags nur die, vom Zwange des tangano befreiende, Antwortweigerung zu, nicht dagegen ein teilweises Bestreiten, eine Erklärung mit „aber".[11]) Die in den Klagformeln enthaltene aufschiebende Einrede der adunatio ist jedenfalls an die Stelle der Antwortweigerung getreten. Denn das ist überhaupt der Gang der Entwicklung gewesen: die Antwortwehre aus materiellrechtlichen Gründen wurde allmählich in den meisten Fällen, ohne daß ein festes Prinzip nachweisbar wäre,[12]) durch die Antwort mit „sed", die exceptio, verdrängt, und die Abfassung des Liber Papiensis fällt gerade in die Übergangszeit, während welcher noch vielfach Ungewißheit bestand, ob die eine oder andere Art der Verteidigung richtig sei.[13])

Die Gesamt(hands)schuld des späteren Mittelalters,[14]) d. i. die Schuldform, welche durch Versprechen mehrerer zu gesamter Hand und gemeinsames Delikt entsteht und außerdem für Handelsgesellschafter und Miterben gilt, beweist eine weitere Abschwächung des Gesamthandprinzips. Zwar in einigen Rechten muß der Gläubiger alle Schuldner auf einmal belangen. Aber bei weitem überwiegend sind diejenigen Arten der Gesamtschuld, bei denen von R. d. Str. nicht mehr die Rede ist und die adunatio — nachdem schon vorher das Antwortweigern durch die aufschiebende Ein-

[11]) Brunner II S. 346 f.

[12]) Gl. M. Kannengießer S. 75.

[13]) Vgl. z. B. form. ad c. 69, 114 Liutpr.

[14]) Vgl. außer Heusler (II S. 258 f.): Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts (1855), S. 161/6.

rede ersetzt worden — sich entweder in ein beneficium divisionis oder in einen bloß unter den Schuldnern selbst bedeutsamen Regreß verwandelt hat:

a) Entweder darf der Gläubiger von jedem Schuldner dessen Rate verlangen, vorbehaltlich der Möglichkeit, wegen des bei den Zahlungsunfähigen erlittenen Ausfalls die Zahlungsfähigen nachträglich in Anspruch zu nehmen.

b) Oder er kann jeden aufs Ganze verklagen mit der Maßgabe, daß der zahlende Schuldner gegen die übrigen einen Regreß erhält.

Die „gesamte Hand" bedeutet hier eine ähnliche Verbindung der Beteiligten, wie das, was man in der romanistischen Theorie bei der Korrealität zum Unterschiede von der bloßen Solidarität die „Einheit der Obligation" genannt hat.

Ähnlich hat man sich die Entwicklung bei den anderen Gesamthandsinstituten vorzustellen. Die in der Natur der gesamten Hand liegende N. d. Str. wurde, in manchen Rechten mehr, in manchen Rechten weniger, zurückgedrängt zugunsten einer größeren Selbständigkeit der einzelnen Genossen. So erlangte vielfach[15]) der Ehemann alleiniges Verwaltungsrecht und alleinige Sachlegitimation bezüglich der gütergemeinschaftlichen Rechte, der Vater bezüglich der Hausgemeinderschaft, der älteste Bruder bezüglich der Ganerbschaft;[16]) bei den Handelsgesellschaften wurde jedem Sozius die volle Vertretungsbefugnis und ein selbständiges Quotenrecht an den Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens gewährt u. s. w.

Diese Umstände machen es erklärlich, daß in den Quellen Belege für das oben besprochene Antwortweigerungsrecht wenigstens bei oberflächlicher Betrachtung nicht zu finden sind.[17]) Gleichwohl hat sich dieses Recht ohne Frage in vielen Rechtsgebieten bis zur Rezeption erhalten.

[15]) Wie oben N. 1, vgl. ferner Schmidt (oben N. 3). Über analoge Erscheinungen der nordgermanischen Rechte s. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd. I S. 98 f., Bd. II S. 110 f.

[16]) Heusler Bd. I S. 245/6. Anderwärts blieb die Notwendigkeit der gemeinschaftlichen Geltendmachung von Nachlaßforderungen bestehen, vgl. die Quellenstelle der folgenden Note.

[17]) Planck (Ger.Verf. I S. 391 f.) führt in der Lehre von der Antwortweigerung keinen Fall des Gemeinschaftsrechts an. – Schmidt (oben N. 3) führt aus dem Hannov. Urk.Buch folgendes an: Die Brüder Johan und Thiderik verklagen jemand aus der Forderung ihres Vaters. Als Johan aufgefordert wird, den Schuldner vor dem Rate zu „schuldigen", sagt er: sin broder Thiderik en were hir nicht to hus, dat se wachteden wente avermorne an vridaghe, so welde he (sc. mit Thiderik) rechtes wegen den schölden. Wahrscheinlich fürchtet J., daß ihm, wenn er allein klagt, die Antwort verweigert werden würde.

§ 4. c) Die Bildung der prozeßhindernden exc. plurium litis consortium.

Nach den Ausführungen des vorigen Kapitels kann die wahre Quelle der exc. plurium lit. cons. kaum mehr zweifelhaft sein. Die Einrede ist, wie wohl alle prozeßhindernden Einreden,[1]) deutschen Ursprungs trotz der romanistischen Fassung, in der sie in der gemeinrechtlichen Doktrin auftritt. Ein exakter Nachweis ist dafür freilich nicht zu erbringen. Immerhin sind wenigstens einige Anhaltspunkte für die Art ihrer Entstehung vorhanden. Und zwar ergibt sich, der Begriff der Einrede wahrscheinlich zuerst von den Bologneser Glossatoren des Corpus iuris civilis ausgebildet wurde und daß das deutsche Recht auf das spätere gemeine Recht in zweifacher Weise eingewirkt hat: mittelbar, indem es die Auslegung der römischen Quellen beeinflußte, und unmittelbar, indem deutsche Rechtssätze übernommen wurden.

1. Die Glosse consortium zu C 3, 40, 1 erläutert die von Julian beseitigten „praescriptiones, quas litigatores sub obtentu consortium excogitare consueverunt" mit den Worten: „dicit reus, non tibi respondebo, nisi tui vel mei consortes adsint".

Das ist die unverkennbare langobardische Formel der Antwortweigerung (oben S. 9)![2]) Und wir können ohne Bedenken annehmen, daß dem Verfasser die gesamte Hand des deutschen Rechts vorschwebte. Denn die Glossatoren lebten in einem Gebiete fortgebildeten Langobardenrechts und lehrten an einer Universität, an der auch über langobardisches Recht Vorlesungen gehalten wurden.[3]) Die richtige Bedeutung von „consortes" war ihnen unbekannt (consortes = Miteigentümer): sie faßten „consortes" als Streitgenossen, Mitbeteiligte schlechthin auf, die constitutio de consortibus als ein, alle Fälle gemeinsamer Forderung und Verbindlichkeit betreffendes, Gesetz.[4]) Deswegen stellten sie sich die von Konstantin ein-

[1]) Dieser allgemeine Satz ist bereits wiederholt ausgesprochen worden (J. W. Planck, Lehre vom Beweisurteil, S. 43 N. 2, v. Bülow, Prozeßeinreden u. Prozeßvoraussetzungen, S. 181, Pfeiffer, Ztschr. f. Zivilr. u. Proz. XII (neue Folge), S. 164 f. Eine Darstellung, welche die Entwicklung bezüglich aller prozeßhindernden Einreden darstellt, fehlt jedoch (trotz der Kannengießerschen Monographie).

[2]) Der Eindruck, daß hier in der Glosse zum Kodex eine langobardische Prozeßformel steht, wird kaum beseitigt durch den Umstand, daß das Wort respondere in der Stelle selbst enthalten ist (licentia respondendi). Julian unterscheidet 1. licentia agendi pro parte, 2. licentia respondendi pro parte. Die Glosse faßt dagegen unter dem Gesichtspunkt des „non respondere" die aktive und die passive N. d. Str. zusammen (tui vel mei consortes).

[3]) Brunner Bd. I S. 391.

[4]) Gl. vor cap. I: „quia in praedictis finium regundorum et vel .... ideo generaliter removet in omnibus".

geführte und von Julian wieder aufgehobene Gebundenheit nach Art der ihnen wohlbekannten Gesamthandsobligationen vor, bei denen die Praxis jedenfalls noch vielfach das Antwortweigerungsrecht gab, auch nachdem die licentia adunandi im Liber Papiensis zur bloßen aufschiebenden Einrede geworden war (vgl. oben S. 11 bei N. 13).

So ist aus einer engen Verbindung römischer und deutscher Rechtsgedanken der Begriff der „praescriptio" (oder exceptio, s. Gl. explosis) der fehlenden Mitbeteiligten als einer von der Einlassung befreiender Einrede hervorgegangen. Allerdings hält die Glosse diese Präskription für beseitigt. Aber später wurde die constitutio de consortibus anders ausgelegt: Konstantin habe in C 3, 40, 1 sowohl für teilbare wie für unteilbare Obligationen N. d. Str. eingeführt; Julian habe das Prozessieren pro parte wieder gestattet; also sei bei den unteilbaren Obligationen, die ein iurgare pro parte nicht zuließen, die Gebundenheit bestehen geblieben.[5]) Von diesem Standpunkt aus erschien dann natürlich die Einrede der Konsorten, welche von der Glosse bloß als geschichtliche Erscheinung vermerkt worden war, als ein Institut des positiven Rechts.

2. Derselbe Vorgang, welchen wir aus der Glosse zu C 3, 40, 1 ersehen, hat sich zweifellos an all den Stellen wiederholt, wo das römische Recht auf den ersten Blick Gebundenheit mit Bezug auf die Prozeßführung zu statuieren scheint (oben S. 4 f.). Die Kenntnis des römischen Zivilprozesses war gering. Auf der anderen Seite bot das Rechtsleben in den Rechtsinstituten zur gesamten Hand eine Menge von Beispielen einer N. d. Str., welche durch Einlassungsweigerung erzwingbar war. Und das Mittelalter ist von dem einheitlichen Inhalte der positiven Rechte überzeugt und stets geneigt, eine Übereinstimmung des deutschen und des römischen Rechts anzunehmen.[6])

Sogar die im römischen Recht so klare Unterscheidung der Forderung einer juristischen Person von der Korrealobligation wurde auf diese Weise verwischt. In älterer Zeit erfolgte nämlich die Prozeßführung der Korporationen so, daß sämtliche Mitglieder als Partei auftreten mußten.[7]) Klagten nicht alle oder waren nicht alle beklagt, so durfte sich der Beklagte gerade wie im Falle der gesamten Hand der Antwort wehren. Diese Gleichheit der prozessualen Behandlung der juristischen Personen und der Gemeinschaften wirkte wiederum auf die Erkenntnis der materiellrechtlichen

---

[5]) Gönner I S. 416.

[6]) Diese Tendenz wird am besten veranschaulicht durch die Glossenausgaben des Sachsenspiegels, welche zur Erläuterung des Rechtsbuchs eine Fülle von Belegstellen aus dem Corpus iuris mit naiver Selbstverständlichkeit anführen.

[7]) Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. II S. 518 f.

Begriffe. So findet sich bei Cujacius der Satz: plures correos unius personae vice fungi![8]) Daraus ist zu ersehen, wie leicht sich die in Ländern germanischen Rechts lebenden Juristen entschlossen haben mögen, die N. d. Str. von der Korporation und der Gemeinschaft zur gesamten Hand auf die Korrealobligation des römischen Rechts — auch abgesehen von nov. 99 (oben S. 5 f.) — zu übertragen.[9])

3. Dem Einflusse, welchen das deutsche Recht auf die Auslegung des Corpus iuris civilis übte, ist es zuzuschreiben, daß das römische Recht, so wie man es in der Rezeptionszeit verstand, mannigfache Ansätze zur prozeßhindernden Einrede der mehreren Streitgenossen enthielt. Und dieser Umstand bewirkte es wiederum, daß auch nach der Rezeption die deutschrechtliche Antwortweigerung wegen gesamter Hand sich ohne Widerspruch von seiten der romanistisch geschulten Juristen erhielt, allerdings eingekleidet in das Gewand einer prozeßhindernden exceptio.

Denn die exc. plurium litis consortium ist zweifellos nicht nur als vermeintlich römisches Recht und kraft der in complexu erfolgten Rezeption gemeines Recht geworden, sondern mindestens ebensosehr als deutsches Recht, trotz der Rezeption. Bekanntlich hat die Praxis gerade im Familienrecht, im Erbrecht, im Kaufmannsrecht deutsche Rechtsideen mit besonderer Zähigkeit gegenüber dem eindringenden römischen Recht festgehalten, und eben diesen Rechtszweigen gehörten die Hauptfälle der auf der gesamten Hand beruhenden Antwortweigerung an.

In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Svarez konstatiert: schon vor dem ALR. sei die Praxis mit der in dem Gesetzbuch für Nachlaßforderungen und -schulden adoptierten Theorie der Gemeinschaftlichkeit „ziemlich konform" gewesen[10]) — während doch gemeinrechtlich der Satz nomina

[8]) tom. IV p. 29 (zu D 11, 2, 2 a. E.): plures tutores unius personae vice fungi mit deutlichem Anklang an D 46, 1, 22.

[9]) Mit diesem Moment (exc. pl. l. c. als Folge der Verwechslung von correi und juristischer Person im materiellen Recht) ist nicht zu verwechseln die Theorie von Wachenfeld S. 1/3, 12: man habe, nachdem im spätitalienischen Prozeß das Verbot der subjektiven Klagenhäufung entstanden sei, die Streitgenossenschaft selbst als juristische Person aufgefaßt, und deshalb habe sich der Beklagte nur zur Sache einzulassen brauchen, wenn alle Streitgenossen klagten oder beklagt waren. — Aber dann hätte die Steitgenossenschaft immer durch exc. l. c. erzwingbar gewesen sein müssen. Mithin wird W. durch die Tachsache widerlegt, daß der Fall, in welchem mehrere zusammen klagen oder verklagt werden müssen, stets als Spezialfall des litisconsortium hingestellt wird (s. z. B. Danz, Grunds. des ordentlichen Prozesses, 5. Ausgabe, § 40 bei N. f., Nettelbladt. Vers. einer Anleitung z. d. ganz. prakt. Rechtsgelahrtheit, 3 Aufl. S. 51). Übrigens ist die Auffassung der Streitgenossenschaft als „moralische Person" wohl bloß eine theoretische Konstruktion, dazu bestimmt, die Einheit des Prozesses und das Zweiparteienverhältnis bei der Str. aufrecht zu erhalten.

[10]) Svarez bei Förster-Eccius § 271 a. A.

ipso iure divisa galt. Oder wenn der älteste Monograph der Streitgenossenschaft, Wildvogel, im Jahre 1690 über den Ursprung der, den Korrealschuldnern unter Berufung auf nov. 99 gewährten, exc. litis consortium[11]) bemerkt (§ XXVII): utrum consortes beneficium hoc praxi magis, quam supra citatis iuris textibus, debeant, ambigua est quaestio.[12])

2. Kapitel: **Weiterentwicklung und Umwandlung der exceptio plurium litis consortium.**

§ 5. a) **Gemeines deutsches Recht.**

1. Die älteren Systeme des gemeinen deutschen Zivilprozesses[1]) finden sich mit der Lehre von der exc. litis consortium auf recht kurze Art ab. Sie stellen einfach fest, daß, wenn mehrere nicht zusammen klagen oder verklagt werden, „welche doch zusammen gehören", daraus die Ausflucht der mehreren Streitgenossen entstehe, welche eine der gemeinen verzögerlichen Einreden sei.

Die Schweigsamkeit über das Anwendungsgebiet der Einrede ist wohl begründet. Es wurde schon gezeigt, daß die exc. litis consortium in der Hauptsache auf der Anerkennung durch die Praxis beruhte. Die Praxis war aber wohl weder eine feste noch eine überall gleichmäßige.

Zugleich mit der Einrede der Streitgenossen hatte sich das ergänzende Institut der richterlichen Beiladung, die sog. „Adzitation", ausgebildet, welche ein Mittel gewährte, die fehlenden Mitbeteiligten als Kläger oder Beklagte in den Prozeß hineinzuziehen.

2. Zu Anfang des 19. Jahrhunderts machte sich auch bei der exc.

---

[11]) „hodie cum consortes conventi habeant exceptionem divisionis, quam statim, utut peremptoriam, ante litis contestationem opponere valent, ideo rarius hodie unum ex consortibus cum effectu conveniri videas: quod tum demum procedit, si consortes omnes praesentes sint . ."

[12]) Das kanonische Recht kennt in zwei Fällen eine prozessuale exc. remissionis ad eundem iudicem, mit welcher der Beklagte eine Prozeßverbindung erzwingt: 1. wenn der Beklagte von demselben Kläger bei verschiedenen Gerichten wegen persönlicher Ansprüche belangt wird; 2. wenn seitens mehrerer Kläger gegen einen Beklagten oder seitens eines Klägers gegen mehrere Beklagte Prozesse bei verschiedenen Gerichten anhängig gemacht sind (ut omnes irent ad unum). Durandus Spec. lib. II partic. I p. 61 § 6 de exc., Comment. Felini Sandei pars I p. 214. — Auf die exc. pl. l. c. hat diese Einrede, trotz einer gewissen äußeren Ähnlichkeit, wohl kaum Einfluß gehabt.

[1]) Nettelbladt — oben S. 15 N. 9 —, §§ 96, 224, Danz § 40 bei N. f., § 162.

litis consortium die historisch-kritische Richtung geltend.[2]) Man begnügte sich nicht mehr damit, daß sie ein althergebrachtes „schon als sehr vernünftige Erfindung der Rechtsgelehrten gerechtfertigtes“[3]) Institut war. Man suchte im „positiven Recht“, d. i. im Corpus iuris civilis, nach Belegstellen, — und man fand sie. Von den verschiedenen Schriftstellern wurden alle die oben (S. 4 f., dazu S. 14) besprochenen Quellenstellen herangezogen, und ein jeder beschränkte die Einrede auf diejenigen Fälle, für welche er den quellenmäßigen Nachweis führen zu können glaubte.

Schon 1802 bekämpfte Martin[4]) die Adzitation, welche vielfach auf das *ἄγειν κἀκείνους* der nov. 99 gestützt wurde, und im Anschluß daran auch die exc. litis consortium als unrömisch. Aber einen Umschwung führt erste Planck herbei. Er wies (1844) in erschöpfender Weise die Irrtümer nach, welche die Ableitung aus dem römischen Recht enthielt. Seine Lehre wurde gemeine Meinung.[5])

Nur noch vereinzelt wurde die aus nov. 99 und die aus D 11, 2, 2 hergeleitete Einrede der mehreren Streitgenossen in der Wissenschaft vertreten.[6]) Nur in diesem beschränkten Umfange behielt auch die Einrede bis zum Inkrafttreten der Reichs-ZPO. Geltung in der Praxis.[7]) Im übrigen nahm man an, daß sie, weil dem römischen Recht unbekannt, auch im gemeinen Recht zu verwerfen sei.

3. Obgleich Planck die prozeßhindernde exc. litis consortium bekämpft, will er die N. d. Str. nicht vollständig beseitigen. Er wirft vielmehr (S. 399) im Anschluß an Ribbentrop (oben S. 7 N. 10) die Frage auf: ob nicht bei unteilbaren Obligationen dem Vorgehen des Gläubigers gegen einen einzelnen Schuldner an Stelle der bisher behaupteten exc. litis consortium ein Mangel des materiellen Rechts entgegenstehe, der Mangel der alleinigen Sachlegitimation.[8])

Damit war die Grundlage für einen neuen Begriff der exc. plurium consortium geschaffen. Denn nach wie vor stellten die Ziviljuristen die

[2]) Über die gemeinrechtliche Dogmengeschichte vor Planck unterrichtet eingehend Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses (1843), I S. 142 f.

[3]) Gönner I S. 414 f.

[4]) Martin u. Walch, Magazin 1. Bd. 1 Heft S. 34.

[5]) Siehe z. B. Matthiae, Kontroversenlexikon, 3. Teil, s. v. litis consortium, mit den Entscheidungen S. 20.

[6]) Wetzell § 63 S. 831.

[7]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 27 Nr. 175. — Nach Inkrafttreten der ZPO. entschied das Reichsgericht (Entsch. Bd. 12 S. 219): die in nov. 99 gewährte exc. l. c. sei, weil die ZPO. die zu ihrer Durchführung erforderliche Adzitation nicht kenne, unpraktisch geworden.

[8]) Planck — und die damalige Wissenschaft überhaupt — halten die Sachlegitimation für ein rein materiellrechtliches Institut. Näheres s. unten S. 29.

Frage, ob die Verpflichtung mehrerer zu unteilbarer Leistung eine nur gemeinschaftliche oder eine solidarische sei, dahin: ob ein Fall der exc. litis consortium vorliege oder nicht.[9]) Andrerseits entnahm man den Ausführungen Plancks, daß in den streitigen Fällen entweder Solidarität oder Mangel der alleinigen Sachlegitimation vorliege. Das Ergebnis war die Meinung, die exc. plurium litis consortium sei nach der von Planck vertretenen richtigen Ansicht keine prozeßhindernde Einrede sondern eine Einrede der mangelnden Aktiv- bezugsweise Passivlegitimation.

Den Gegensatz zu der älteren Form der Einrede bezeichnete man wohl auch durch den Namen „materiellrechtliche Einrede der mehreren Streitgenossen" oder, indem man das Element der Streitgenossenschaft völlig ausschied, „Einrede der fehlenden Mitinteressenten", „exc. coheredum" u. dgl. Aber allgemein wurde doch die alte Benennung einfach auf den veränderten Begriff der Einrede übertragen. So entsteht eine Duplizität der Begriffe, welche bei der ferneren Darstellung sehr zu beachten sein wird. Denn, wie schon erwähnt, wurde in einigen Fällen die prozeßhindernde Einrede der mehreren Streitgenossen bis zum Ende des gemeinrechtlichen Verfahrens von manchen Schriftstellern verteidigt und in der Praxis angewandt.

§ 6. b) Preußisches Recht.

1. Nach dem Vorbild des altdeutschen Rechts macht das ALR. in der Lehre von den gemeinsamen Rechtsverhältnissen in großem Umfang Gebrauch von dem Prinzip der gesamten Hand:

a) In dem Titel „vom gemeinschaftlichen Eigentume" (I 17) werden behandelt: das Miteigentum an körperlichen Sachen, die Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft und Erwerbsgesellschaft.

Das Miteigentum an körperlichen Sachen ist romanistisch geregelt. Jeder Miteigentümer hat an der gemeinschaftlichen Sache ein selbständiges Anteilsrecht, das zu seinem „besonderen" Eigentum gehört (§ 4 I 17) und seiner freien Verfügung unterliegt (§ 60).

Bei den anderen, also den durch Vertrag oder Erbfolge entstandenen, Gemeinschaften sind nicht, wie im römischen Recht, die einzelnen Bestand-

[9]) Besonders charakteristisch Sintenis, Erläuter. über versch. Lehren des Zivilproz. 1. Bd., 3. Abhandl., S. 85: nach dem Ergebnis, daß die Einrede [exc. pl. l. c.] nicht in den Quellen gegründet sei, bleibt noch übrig, sie unter dem Gesichtspunkte zu betrachten, ob nicht darin eine Einrede der mangelnden Sachlegitimation liegen könne — u. S. 90 das Ergebnis dieser Betrachtung. — Windscheid § 299 N. 7 ist jetzt, wo von prozeßhindernder exc. l. c. nicht mehr die Rede ist, ebenso gefaßt wie in den ersten Auflagen, als der Charakter der Einrede noch umstritten wurde. — Vgl. noch die Bemerkungen bei Ubbelohde, Lehre v. d. unteilbaren Obl. § 38 N. 9, Sintenis, Zivilrecht § 84 N. 27 a. E., Petersen, 2. Aufl., S. 114 N. 1 a. E.

teile des Gemeinschaftsvermögens pro partibus indivisis unter die Gemeinschafter geteilt. Sondern das Vermögen als Ganzes ist Gegenstand des „gemeinschaftlichen Eigentums".[1] Jeder Teilhaber hat also ein eigenes Recht am Nachlaß (vgl. §§ 382, 350/1 I 9), am Sozietätsvermögen, am ehelichen Gesamtgut, und dieses Recht gehört gemäß § 4 I 17 zu seinem „besonderen Vermögen". Aber an den einzelnen Aktivis und Passivis, aus denen sich das Vermögen zusammensetzt, steht ihm kein Anteil zu, oder wenigstens sollen solche Anteilsrechte nicht unterschieden werden. Mithin werden als Subjekte der Rechte und Verbindlichkeiten nur die Gemeinschafter insgesamt angesehen.

Bei der Gütergemeinschaft tritt das Gesamthandsprinzip wenig hervor. Der Mann hat allein das Recht der Verwaltung, Verfügung und Prozeßführung mit Bezug auf Rechte und Lasten des Gesamtguts. Dieses Recht fällt bloß bei Grundstücken und gewissen Kapitalien weg.[2]

Gesellschafter haften aus Verträgen, die sie gemeinsam oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten abschließen, korrealiter (§ 239 I 17), wegen Geschäftsbesorgung und nützlicher Verwendung pro rata mit subsidiärer Verhaftung aufs Ganze (§§ 236/8).

Bei der Erbengemeinschaft ist die gesamte Hand konsequent durchgeführt. Hier sind nicht nur die Aktiva „gemeinschaftlich" (§ 151 I 17) sondern die Erben haften entsprechend auch wegen der Nachlaßschulden „gemeinschaftlich" mit dem ungeteilten Nachlaß:[3] alle für einen, aber nicht einer für alle, wie Koch[4] den Gegensatz zu der alsbald zu besprechenden Korrealität treffend ausdrückt.

b) Gesamte Hand tritt außerdem nach den unzweideutigen Worten des Gesetzes ein, wenn sich jemand durch Vertrag mehreren Personen zu einer (teilbaren oder unteilbaren) Leistung verpflichtet. Die Mitberechtigten können nämlich in solchem Falle das gemeinschaftliche Recht „nur gemeinschaftlich" ausüben (§ 450 I 5). Auf diese sog. Gesamtforderung, welche auch für Gesellschaftsforderungen und in einigen anderen Fällen (§§ 320 I 11, 210 I 13, 63/65 I 14, 181 I 20) gilt, finden gleichfalls die Regeln vom gemeinschaftlichen Eigentum Anwendung (§ 453 I 5).

Die sog. Gesamtschuld ist nicht das Gegenstück der „Gesamtforderung". Man versteht darunter diejenige Schuldform, welche für die Verpflichtung mehrerer aus gemeinsamem Vertrage oder Delikt gilt. Die Gesamtschuldner haften „einer für alle, und alle für einen" (§§ 424 I 5, 29 I 6). Diese

---

[1]) Förster-Eccius §§ 182, III, IV, V, 271.

[2]) §§ 377/9 II 1; Förster-Eccius § 209, C, I 1.

[3]) § 127 das.; vgl. Förster-Eccius § 63 N. 29 c. cit.

[4]) In seinem „Schlesischen Archiv", IV S. 407.

Regelung knüpft an diejenige Art der spätmittelalterlichen Gesamt(hands)schuld an, bei welcher die „gesamte Hand" zur bloßen Einheit der Obligation geworden ist (oben S. 11 f.). Das ALR. selbst spricht von Korrealität (§ 239 I 17), wobei zu beachten ist, daß das gemeinrechtliche beneficium divisionis fehlt.

Eine wirkliche Schuld zur gesamten Hand ist dagegen die zu a erwähnte „gemeinschaftliche" Haftung der Miterben (§ 127 I 17).

2. Auf die Frage, in welcher Art die durch die gesamte Hand geschaffene N. d. Str. durchgeführt wurde, gibt die AGO. Antwort:

a) Nach § 4 Nr. 7/8, I 5 soll der die Klage aufnehmende Richter den sich zur Klage Anmeldenden a limine zurückweisen, wenn er findet, daß nach materiellem Recht der Kläger nicht allein klagen oder der zu Beklagende nicht allein verklagt werden kann.

b) Außerdem kann der Beklagte, falls auf seiner oder des Klägers Seite mehrere Mitinteressenten vorhanden sind, „welche bei der Sache mit zugezogen werden müssen", hierauf eine von der Einlassung befreiende „vorläufige" Einrede gründen (§ 5 — erster Absatz — I 5, § 2 I 9).

Daraus geht hervor, daß nach preußischem Recht in den Fällen der „gemeinschaftlichen" Rechtsverhältnisse die prozeßhindernde exc. plurium litis consortium des gemeinen Rechts bestand, freilich mit der, der Instruktionsmaxime entsprechenden, Modifikation, daß sie auch[5]) von **Amtswegen zu beachten war.**

3. Die Verordnung zur AGO. vom 1. Juni 1833[6]) nennt die Einrede der fehlenden Mitinteressenten nicht mehr unter den sechs Einreden, welche fortan ausschließlich das Recht geben sollen, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Damit verliert die exc. litis consortium den Charakter einer prozeßhindernden Einrede. Aber keineswegs wird sie infolgedessen zu einem materiellrechtlichen Begriffe. Das geht deutlich hervor aus der Form, welche die Praxis für die Abweisung in den Fällen der §§ 5[1] I 5, 2 I 9 AGO wählte: Abweisung „in der angebrachten Art", „zur Zeit", absolutio ab instantia.[7])

[5]) Wachenfeld S. 23 4 erkennt nur die Berücksichtigung von Amts wegen an. Jedoch wird die im Text gegebene Auslegung bekräftigt durch die Äußerungen von Koch (Der preuß. Zivilproz., 1848, § 77, II), der doch mitten in der Praxis stand, und das Urteil des OLG. Ratibor im Schles. Arch. IV S. 21 f. Noch mehrfach wird zu konstatieren sein, daß W. bei manchen Punkten ohne eine stichhaltige Begründung den Gedanken ausführt: von den beiden Alternativen des § 62 (59) ZPO. sei die erste aus der die exc. pl. l. c. bekämpfenden Lehre Martins hervorgegangen und im preußischen Recht fortgebildet, die zweite aus der die Einrede verteidigenden Lehre entstanden und durch das hannöversche Recht in die ZPO. gelangt (unten S. 23 4).

[6]) Abgedruckt in Kochs Ausgabe der Prozeßordnung hinter § 21, I 9.

[7]) OLG. Ratibor (oben N. 5), Ob.Trib. Bd. 19 S. 213 f., Bd. 22 S. 136 f.; vgl. Koch im Schles. Archiv IV S. 26.

Als sich in der gemeinrechtlichen Wissenschaft der neue Begriff der exc. litis consortium entwickelt hatte, änderten sich im preußischen Recht die Ansichten über das Wesen der Einrede. Das prozessuale Moment wurde ausgeschieden und man nahm an, daß lediglich der Mangel der alleinigen Aktiv- bezugsweise Passivlegitimation, mithin etwas rein Materiellrechtliches, in Betracht komme.[8])

4. Nachdem die Praxis mehrere Jahrzehnte hindurch den Grundsatz der „Gemeinschaftlichkeit" strikt nach den Vorschriften des ALR. durchgeführt hatte, gelangte sie zu dem Ergebnis, daß die durch das Gesetz herbeigeführte Gebundenheit in bezug auf die Prozeßführung den Bedürfnissen des Lebens widerspreche. Man suchte nun nach Mitteln und Wegen, um die Unbilligkeit dieser Bestimmungen zu mildern. So bildete die Rechtsprechung das sog. Individualrecht aus, einen Begriff, der für das BGB. von größter Bedeutung geworden ist. Sie schränkte nämlich die für Mitberechtigte geltende, d. i. die aktive, exc. litis consortium dahin ein, daß jedem Berechtigten gestattet wurde, auf Leistung an alle Gemeinschafter selbständig zu klagen. Im folgenden soll die theoretische Begründung des Individualrechts geprüft werden:[9])

a) Höchst anfechtbar ist die Berufung auf die Vorschrift des § 4 Nr. 7, I 5 AGO.: der Informationsrichter solle den Kläger, der auf eine ihm gemeinsam mit anderen zustehende teilbare Leistung klagen will, befragen, ob er nur auf seinen Anteil klagen wolle. — Der Zusammenhang stellt außer Zweifel, daß die AGO. eine Befugnis zur Klage auf den Anteil gar nicht schaffen will sondern als nach materiellem Recht bestehend voraussetzt. Zudem ist die AGO. vor dem ALR. in Kraft getreten, und der Entwurf des ALR., welcher ihr in materiellrechtlicher Beziehung als Grundlage diente, sah noch die Teilobligation als Regel vor.[10]) Die Vorschrift ist also wohl bloß wegen der großen praktischen Wichtigkeit, welche die Teilschuldverhältnisse nach dem Entwurfe des ALR. haben mußten, in die AGO. aufgenommen worden und gibt kein Recht zu der Folgerung: der Mitgläubiger einer Gesamtforderung werde durch das in §§ 4 I 17, 453 I 5 ALR. erwähnte, zu seinem besonderen Vermögen gehörige, Anteilsrecht zur Einzelklage legitimiert.

b) Der Gesichtspunkt eines mandatum praesumtum oder einer negotiorum gestio erscheint an und für sich angebracht, wenn es sich darum handelt, Härten des Gesamthandprinzips zu beseitigen, und ver-

---

[8]) Vgl. z. B. Ob.Trib. Bd. 72 S. 45 f.

[9]) Vgl. Förster-Eccius § 63 N. 8 c. cit., Koch im Schles. Arch. IV S. 25 f. und das von ihm besprochene Urteil des OLG. Ratibor aus dem Jahre 1833.

[10]) Förster-Eccius § 63 N. 2.

dient deshalb auch für das geltende Recht Beachtung. — Aber auf diese Weise kann immer bloß gerechtfertigt werden, daß ein Beteiligter zugleich im Namen der übrigen als deren Bevollmächtigter prozessiert. Das „Individualrecht" dagegen soll ihn befähigen, allein in seinem eigenen Namen ohne Wirkung gegen die Mitbeteiligten zu klagen.

c) Das ALR. erkennt bei den Gesamthandsverhältnissen, wie bereits erwähnt, ein selbständiges Recht des einzelnen Teilnehmers an der gemeinschaftlichen Sache an, das zu seinem besonderen Vermögen gehört (§ 4 I 17). Aus diesem „Individualrecht", so lehrte man, erwachse für jeden Mitberechtigten die Befugnis, alle Maßnahmen zu treffen, welche dessen Wert feststellen oder sichern, sofern nur nicht den Rechten der übrigen Teilhaber dadurch vorgegriffen werde, — was bei der Klage auf Leistung an alle in der Tat nicht der Fall ist. Das Individualklagerecht sei im Sinne des § 89 der Einleitung zum ALR. ein Mittel, ohne welche das Individualrecht des § 4 I 17 nicht ausgeübt werden könne und alle praktische Bedeutung verliere. — Diese Beweisführung läßt unbeachtet, daß in den Fällen der gesamten Hand das Vermögen als ungeteiltes Ganze „gemeinschaftlich" und der Anteil des § 4 ein Anteil an dem Vermögensinbegriffe ist. An den einzelnen Vermögensobjekten hat der Gesamthänder keinerlei selbständiges Recht. Und die Gesetze geben immer nur zur Durchführung der eigenen Rechte die Mittel. Das „Individual(klag)recht" steht zu dem Grundsatz der Gesamthand im schärfsten Gegensatz; es ist gegen das Gesetz geschaffen. Ohne diese Erkenntnis ist es nicht möglich, den Begriff der „gesamten Hand" überhaupt zu verstehen.

§ 7. c) **Vorgeschichte der Reichs-Zivilprozeßordnung.**

Bisher wurde nachgewiesen, daß seit Mitte des 19. Jahrhunderts die prozeßhindernde Einrede der mehreren Streitgenossen im gemeinen Recht mehr und mehr zurückgedrängt wird durch den neuen Begriff der exc. litis consortium, den Mangel der Sachlegitimation, welcher als ein rein materiellrechtlicher Abweisungsgrund gilt. Die analoge Entwicklung wurde für das preußische Recht festgestellt: zunächst eine Einrede prozessualen Charakters, die bis zur Verordnung von 1833 sogar zur Einlassungsweigerung berechtigte, sodann das Bestreiten der Sachlegitimation. Der Übergang zum geltenden Reichsrecht wird durch das hannöversche Recht, die hannöverschen, preußischen und norddeutschen Entwürfe zur ZPO. gebildet.

1. § 33 Abs. 2/4 der hannöverschen bürgerlichen Prozeßordnung vom 8. November 1850 bestimmt:

„Der Beklagte kann jedoch nicht verlangen, daß eine solche Ver-

„einigung der Kläger (sc. zur Streitgenossenschaft) eintrete, vielmehr „muß er bei teilbaren Ansprüchen den Anteil, welchen der einzelne „aufgetretene Kläger erstreitet, verabfolgen.

„Der Kläger hat die Wahl, ob er einen oder sämtliche Ver„pflichtete belangen will, es kann jedoch der einzelne bei teilbaren An„sprüchen nur zur Leistung seines Anteils verurteilt werden.

„Der Einwand, daß mehrere Mitberechtigte oder Mit„verpflichtete vorhanden seien, ist, soweit erforderlich, von dem „Beklagten zu erweisen."

Aus Abs. 2 und 3 geht zur Evidenz hervor, daß eine prozessuale exc. litis consortium weder bei teilbaren noch bei unteilbaren Leistungen stattfinden soll.[1]) Abs. 4 regelt lediglich die Beweislast bezüglich des Einwandes der mehreren Mitinteressenten, weil dieser Einwand bei Teilbarkeit der Leistung die materiellrechtliche Folge der bloßen Teilkondemnation hat.[2])

2. Die hannöverschen Entwürfe § 54 (zweite Lesung) schreiben vor:

„Die Einrede, daß die Klage von mehreren Berechtigten „oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, ist nur „insoweit statthaft, als dieselbe ihre Begründung in zivilrechtlichen „Vorschriften findet."

An sich könnte man daran denken, daß hiernach die prozeßhindernde Einrede der mehreren Streitgenossen nach Maßgabe der verschiedenen materiellen Rechte (einerseits ALR., andrerseits gemeines Recht) gelten solle.[3]) Bedenkt man aber, daß nach der damals im gemeinen Recht herrschenden Meinung die exc. litis consortium dem materiellen Recht angehörte, so wird man die andere Auslegung vorziehen müssen: der Entwurf wolle durch die Verweisung auf das Zivilrecht die prozessuale Einrede deswegen ausschließen, weil aus dem materiellen Recht nur der Mangel der Sachlegitimation folgen könne.

Der preußische Entwurf von 1864 sieht gleichfalls die Frage, unter welchen Voraussetzungen die exc. litis consortium, d. h. eben die

---

[1]) Außerdem beseitigt § 42 das Korrelat der prozessualen exc. l. c., die Adzitation. — Wie der Text: Leonhardt, der beste Kenner der Proz.O., in seinem Kommentar S. 43 N. 2, Hachenburg S. 85 N. 6. A. M. Wachenfeld S. 30.

[2]) Weil das ALR. in großem Umfange N. d. Str. herbeiführt, sollen Abs. 2 u. 3 in den Landesteilen preußischen Rechts (Ostfriesland) nicht gelten (§ 665). Dort führt also der Einwand des Abs. 4 zur Totalabweisung, aber gleichfalls aus materiellrechtlichen Gründen.

[3]) So Wachenfeld S. 32. Wie der Text: Hachenburg S. 85 bei N. 7, Amelunxen S. 45/6. — Aus einer Äußerung der Motive zum preußischen Entwurf (s. unten S. 48), die mit dem § 54 hannöv. Entw. vollkommen übereinstimmt, leitet Wachenfeld zutreffend die Beseitigung der prozeßhindernden exc. pl. l. c. her!

moderne exc. litis consortium, begründet sei, als dem materiellen Recht angehörig an und entzieht sich demgemäß ihrer Beantwortung.[4])

In den Beratungen der Kommission zur Ausarbeitung des norddeutschen Entwurfs wollte man überhaupt jede Bezugnahme auf die Einrede der Streitgenossen vermeiden. Jedoch wurde schließlich mit Rücksicht auf die große Bedeutung, welche die — damals als materiellrechtlich aufgefaßte — Einrede im preußischen Recht[5]) spielte, folgender Satz aufgenommen (§ 84):

„Inwiefern eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten „oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist, bestimmt sich nach „den Vorschriften des bürgerlichen Rechts."

Damit soll wiederum ausgedrückt werden, daß die Frage nach der N. d. Str. eine rein zivilrechtliche, eine Frage der Sachlegitimation, sei.

Die Bestimmung ist dann als überflüssig und inhaltslos bei der Umarbeitung des Entwurfs im preußischen Justizministerium gestrichen worden.[6])

3. Die deutsche Reichs-ZPO. nennt die exc. litis consortium nicht unter den prozeßhindernden Einreden (§ 274 = § 247 a. F.). Sie spricht allerdings in § 62 (59 a. F.) davon, daß eine Streitgenossenschaft („aus einem sonstigen Grunde") eine notwendige sein könne und will damit, wie ausnahmslos anerkannt wird, das Gebiet der exc. litis consortium bezeichnen. Aber die „Notwendigkeit", von welcher § 62 spricht, ist nicht so gemeint, daß die Einzelklage prozessual unmöglich wäre.[7]) Sondern es sind, wie noch der norddeutsche Entwurf[8]) durch Bezugnahme auf § 84 hervorhob, die Fälle bezeichnet, in denen aus Vorschriften des bürgerlichen Rechts N. d. Str. folgt, die Fälle der sog. materiellrechtlichen Einrede der Streitgenossen. Mithin ist eine Streitgenossenschaft nur noch insofern „notwendig", als die Einzelklage zwar formell statthaft, aber wegen der Gemeinschaftlichkeit der Sachlegitimation gleichwohl erfolglos ist: sie ist notwendig für den Kläger, der etwas erreichen will.

Die Novelle von 1898 hat hieran nichts geändert.

---

[4]) Motive S. 32, Wachenfeld S. 28, Hachenburg S. 85 bei N. 8, Amelunxen S. 46.

[5]) Vgl. die Protokolle d. Kommission, 21. Sitzung, S. 126. Umgekehrt stellt Wachenfeld S. 35 es so dar, als wäre von preußischer Seite die Aufnahme des § 84 beanstandet worden!

[6]) Wachenfeld S. 42, Amelunxen S. 54.

[7]) Fitting folgerte früher (im Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. 61 S. 434) aus dem Wort „notwendig" das Weiterbestehen der prozeßhindernden exc. pl. l. c.

[8]) Vgl. Kommiss. Prot. S. 795, 345. § 79a Kommissionsentwurfs (= 86 norddeutsch. Entw.) verwies auf § 78 (= 84 norddeutsch. Entw.). § 84 norddeutsch. Entw. ist bei der Umarbeitung gestrichen worden.

Lebenslauf.

Ich bin am 12. November 1880 in Breslau als Sohn des Kaufmanns Bernhard Lux und seiner Ehefrau Flora, geb. Schweitzer, geboren, preußischer Staatsangehörigkeit. Nachdem ich das Elisabetgymnasium zu Breslau besucht und dort Ostern 1899 das Reifezeugnis erlangt hatte, studierte ich an der Universität Breslau die Rechtswissenschaft und hörte dabei die Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren und Privatdozenten: Bohn, Brie, Dahn, O. Fischer, Gretener, Jacobi, Joers, Leonhard, Lesser, Naendrup, Schott, Schücking, Sombart, Wolf.

Am 31. Mai 1902 bestand ich die erste juristische Prüfung und wurde am 16. Juni 1902 als Referendar vereidigt. —

Allen meinen hochverehrten Herrn Lehrern sage ich hierdurch meinen herzlichsten Dank, besonders Herrn Geheimrat O. Fischer, der mir die Anregung zur Beschäftigung mit der Wissenschaft des Zivilprozeßrechts gegeben und mich bei Abfassung dieser Arbeit durch zahlreiche wertvolle Ratschläge und Verschaffung unveröffentlichter Entscheidungen wesentlich unterstützt hat.